

## GAIUS II, 76: *FRUCTUM PETERE* OU *FUNDUM PETERE*?

PAR

FRITZ STURM

(Lausanne)

Le savant roumain, dont nous honorons la mémoire, était un de ces philologues trop rares, qui font carrière dans la science du droit romain. Son nom y est associé à ceux d'illustres romanistes de ce siècle.

A son exemple, nous nous proposons, dans une brève note, inspirée par notre vénéré maître, le professeur Philippe Meylan, de joindre droit et philologie en vue de déterminer si Gaius, aux Institutes, II, 76, a écrit *fructum petere* ou *fundum petere*.

En 1960, dans leur commentaire philologique des Institutes de Gaius<sup>1</sup>, MM. David et Nelson sont revenus ici à la leçon *fructum petere* du palimpseste de Vérone<sup>2</sup> et l'an d'après Arangio-Ruiz leur en a fait grand éloge dans ses *appunti critici*<sup>3</sup>. Or, depuis plus de cent ans, on avait pris l'habitude, suivant Huschke<sup>4</sup>, de rejeter cette leçon et d'y substituer le mot *fundum*.

Gaius II, 76: *Sed si ab eo petamus [fructum] <fundum> uel aedificium, et impensas in aedificium uel in seminaria uel in sementem factas ei soluere nolimus, poterit nos per exceptionem doli mali repellere, utique si bonae fidei possessor fuerit.*

Ainsi, non seulement la majorité des éditeurs<sup>5</sup>, mais encore la plupart des auteurs

<sup>1</sup> *Gai Institutionum commentarii quattuor*, Kommentar, 2. Lieferung, Leyde, 1960, p. 285 s.

<sup>2</sup> L'Apographum de Studemund dit du fol. 95 r<sup>o</sup>: *pagina interior facillime legitur.*

<sup>3</sup> Revue d'histoire du droit, XXIX (1961), p. 93 ss. (99 s.).

<sup>4</sup> *Gaius, Beiträge zur Kritik und zum Verständnis seiner Institutionen*, Leipzig, 1855, p. 34 s.

<sup>5</sup> Böcking, *Gaii Institutiones*, 5<sup>e</sup> éd., Leipzig, 1866; Krüger-Studemund, dès la première édition, Leipzig, 1877; Gneist, *Institutionum Syntagma*, 2<sup>e</sup> éd., Leipzig, 1880; Muirhead, *The Institutes of Gaius and Rules of Ulpian*, Edimbourg, 1880; Giraud, *Gaii Institutionum commentarii quattuor*, Paris, 1881; Pellet, *Manuale Iuris Synopticum*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, 1882; Girard-Senn, *Textes de droit romain*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, 1937; Bizoukides, *Gaius, Prolegomena, Institutiones*, Salonique, 1937; Kübler, *Gai Institutionum*, 8<sup>e</sup> éd., Leipzig, 1939; Baviera, *Fontes Iuris Romani Anteiusustiniani*, II, Florence, 1940; De Zulueta, *The Institutes of Gaius*, I, Oxford, 1946; Arangio-Ruiz-Guarino, *Breviarium Iuris Romani*, 3<sup>e</sup> éd., Milan, 1962.

qui se sont occupés de notre passage<sup>1</sup>. Rares sont ceux qui avant MM. David, Nelson et Arangio-Ruiz n'ont pas souscrit à l'hypothèse de Huschke<sup>2</sup>.

Quels sont les arguments dont se prévalent les adversaires de Huschke?

David et Nelson estiment que l'émendation qu'il a proposée est inutile. Ce qui intéressait notre jurisconsulte, ce ne serait pas la revendication du fonds, mais uniquement les rapports de droit découlant de l'accession de choses frugifères. Si l'on corrigeait *fructum* en *fundum*, on en arriverait à ce résultat étrange que *fundus* et *aedificium* font double emploi.

Arangio-Ruiz approuve et semble vouloir renforcer ces arguments en soutenant que, lié avec ce qui précède, notre passage ne saurait logiquement se rapporter qu'à une revendication des fruits. Certes, les espèces seraient plutôt rares dans lesquelles quelqu'un, sans avoir l'*animus possidendi*, profiterait du terrain d'autrui pour y semer. Mais il n'en resterait pas moins vrai que de tels cas se laissent imaginer. Il en serait ainsi du fermier qui, après l'expiration du bail, continue de bonne foi à cultiver le champ du propriétaire. Et pour finir, Arangio-Ruiz va jusqu'à rapporter à une telle *uindicatio fructuum* le fragment de la tablette LXXXVI d'Herculanum<sup>3</sup>.

Ces affirmations ne sont pas de nature à entraîner la persuasion. Bien au contraire, à un examen approfondi, elles se révèlent dépourvues de toute force probante.

La tablette LXXXVI d'Herculanum est trop fragmentaire pour nous livrer un commencement de preuve. Quant à l'hypothèse du fermier qui continue à cultiver le champ, elle ne s'accorde guère avec la donnée. Gaius paraît en effet supposer que le semeur était un possesseur. Il n'accorde l'*exceptio doli* sans plus qu'au *bonae fidei possessor*. En effet, nous lisons dans notre texte: *utique si bonae fidei possessor fuerit*. Et il est clair qu'il n'oppose pas le *bonae fidei possessor* au détenteur mais au *malae fidei possessor* dont, par souci de concision, il n'entreprend pas d'examiner la situation juridique. Le cas du détenteur, non seulement l'auteur des *Institutes* ne veut pas en parler, il ne devait pas même s'être présenté à son esprit.

Reste l'argument tiré de la liaison logique du texte et du contexte. Malheureusement Arangio-Ruiz ne nous dit pas comment il la conçoit. Aurait-il, sans le

<sup>1</sup> Ainsi Solazzi, *Glosse a Gaio, Per il XIV Centenario delle Pandette e del Codice di Giustiniano*, Pavie, 1933, p. 295 ss. (382 ss.), Nardi, *Studi sulla retenzione in diritto romano*, I, Milan, 1947, p. 320 s.; Wolff, *Studi Arangio-Ruiz*, IV, Naples, 1953, p. 171 ss. (184 ss.).

Solazzi soutient que notre texte est glosé et qu'il faut supprimer les expressions *uel aedificium, in aedificium, uel in seminaria uel*. M. Wolff va encore plus loin. D'après le savant romaniste de Fribourg-en-Brisgau, les §§ 73 ss. ne peuvent provenir de Gaius. Le défaut de précision et la faiblesse d'argumentation prouveraient bien plutôt que nous aurions affaire à l'extrait de l'original qu'un auteur post-classique aurait opéré au début du III<sup>e</sup> siècle de notre ère.

A juste titre, ces deux hypothèses ont été réfutées par la suite; celle de Solazzi par M. Nardi et par MM. David et Nelson; celle de M. Wolff dans l'étude magistrale que nous devons au romaniste de Bonn, Werner Flume, SZ, LXXIX (1962), p. 1 ss. (15).

<sup>2</sup> Ainsi Kniep, *Gai Institutionum commentarius secundus*, Léna, 1912, p. 218; Goudsmit, *Studemunds Vergleichung der Veroneser Handschrift, Kritische Bemerkungen zu Gaius*, Utrecht, 1875, p. 31; Reinach, *Gaius, Institutes*, Paris, 1950; David, *Gai Institutiones*, editio minor, Leyde, 1948 et 1964.

Polenaar, *Gai Institutiones*, Leyde, 1879, met au texte *fructus* et propose entre parenthèses *uel fruges*. Dubois, *Institutes de Gaius*, Paris, 1881, ne se prononce pas.

<sup>3</sup> Arangio-Ruiz a édité et commenté cette tablette dans la revue italienne *Parola del Passato*, X (1955), p. 448 ss. (468 s.).

dire expressément, épousé les vues de Goudsmit<sup>1</sup> qui affirme, sans le prouver le moins du monde, que le demandeur réclame ce que le défendeur a produit par son travail, c'est-à-dire en cas de construction, l'édifice, en cas d'ensemencement, les fruits? Cette interprétation de Gaius a du moins le mérite d'être ancienne, car elle était déjà celle de l'auteur de l'*Epitome Gai*, où nous lisons au livre II 1,6:

*Sed in his omnibus superius comprehensis quicumque in terra aliena aliquid posuerit aut aedificauerit aut horum, quae dicta sunt, aliquid fecerit, illis, qui aliena praesumserint, hoc competit, ut expensas uel impendia, quae in his fecerint, a dominis, qui rem factam uindictant, recipere possint.*

Toutefois, qu'un auteur tardif ait compris Gaius comme le font MM. David et Nelson suivis par Arangio-Ruiz, ce n'est certes pas encore une preuve d'authenticité. A vrai dire, ni le contexte ni la logique qu'invoquait aussi Huschke n'empêchent de rapporter notre passage, plutôt qu'à la *uindictio fructuum*, à la revendication du fonds. En revanche les quatre considérations suivantes nous obligent à rejeter la leçon *fructum* et à opter pour l'émendation *fundum*.

— 1°) Gaius met en parallèle un fonds sur lequel un tiers possesseur de bonne foi a bâti ou qu'il a cultivé en le plantant d'arbustes ou en y semant sa graine. A l'*aedificium* correspondent donc les plantations et les semailles, non pas les fruits qui ne sont pas encore. Comme nous le verrons plus loin<sup>2</sup>, la revendication d'un fonds bâti est une *uindictio aedium* ou *aedificii* et non pas *fundi*. En revanche dans le cas du fonds planté ou semencé, où l'incorporation est plus complète (Gaius, II, 74), la revendication porte, non sur les arbres plantés ou le grain semé, mais sur le fonds cultivé lui-même.

2°) Il est très peu vraisemblable que l'expression *fructum petere* ait pu rendre, dans le langage juridique, l'idée d'une revendication des fruits. En tout cas, dans nos sources juridiques classiques, il n'y a aucun témoignage attestant un tel emploi. Selon le *Vocabularium iurisprudentiae romanae*<sup>3</sup>, les mots *fructum* et *petere* ne sont associés dans aucun passage. Certes, il peut s'agir là du hasard de la transmission. En effet, nous trouvons, dans un texte de Paul<sup>4</sup> l'expression *fructus petitio* et chez Marcellus<sup>5</sup> celle de *fructum uindicare*. Seulement, dans les deux passages, *fructus* ne signifie pas fruit, mais usufruit. Si elle a existé, l'expression *fructum petere* devait donc se rapporter à la *uindictio ususfructus* et non pas à la revendication des fruits. Et c'est peut-être la raison pour laquelle les classiques, lorsqu'ils veulent faire allusion à cette dernière, mettent *fructus* au pluriel: *fructus petere*<sup>6</sup>.

3°) Le *bonae fidei possessor* acquiert la propriété des fruits *separatione*<sup>7</sup>. Or il n'est pas facile d'imaginer une hypothèse où ces deux conditions sont réunies, à savoir

a) que le sèmeur ait été possesseur de bonne foi, donnée dans laquelle raisonne Gaius,

<sup>1</sup> V. ci-dessus p. 78, note 2.

<sup>2</sup> V. p. 81.

<sup>3</sup> V. II, Berlin, 1933, col. 937.

<sup>4</sup> D. 39, 2, 10 (48 ed.).

<sup>5</sup> D. 31, 23 (13 dig.).

<sup>6</sup> V. VIR cité à la note 3, col. 939.

<sup>7</sup> V. Ramelet, *L'acquisition des fruits par l'usufruitier et par le « possessor bonae fidei »*, Thèse, Lausanne, 1945; Kaser, *Das Römische Privatrecht*, 1, Munich, 1955, p. 359.

b) qu'une *uindicatio fructuum* puisse être utilement intentée, ce que supposent les adversaires de Huschke.

C'est en effet un vrai problème juridique de savoir si c'est le cas lorsque, informé de la situation réelle, le sèmeur a perdu sa bonne foi avant la récolte. Un cultivateur qui a récolté des fruits dont il savait qu'ils ne lui appartiendraient pas, peut-il opposer l'*exceptio doli* si le propriétaire n'est pas disposé à lui rembourser les frais de la semaille et du travail? Peut-il invoquer le *dolus praesens* du propriétaire si, lors de la récolte, il a été lui-même de mauvaise foi et si, au lieu de restituer les fruits, il a attendu qu'ils lui fussent revendiqués?

Répondre à ces questions nous amènerait trop loin. Mais quelle que soit la solution de ce problème fort ardu, il suffit de l'avoir posé pour se convaincre que l'hypothèse imaginée ne peut être celle de Gaius qui, pour des raisons didactiques déjà, aime la simplicité.

Les mêmes raisons didactiques nous dissuadent de supposer qu'il ait pu avoir devant les yeux l'hypothèse suivante: le possesseur de bonne foi perd la possession du fonds ensemencé. Mais le tiers qui l'a acquise lui permet de récolter les fruits. Dans cette hypothèse, certes, les deux conditions énoncées ci-dessus sont réalisées, mais ce serait imputer à Gaius d'avoir choisi un exemple qui ne se conçoit qu'à l'aide d'une série de suppositions.

— 4°) Dans notre passage Gaius nous dit que le *bonae fidei possessor* peut opposer l'*exceptio doli* au demandeur qui n'est pas disposé à lui rembourser ses impenses. Or, à supposer que ce soit effectivement les fruits qui fassent l'objet de la demande en restitution, cette revendication ne présenterait guère d'avantage pratique, la valeur des fruits ne pouvant être sensiblement supérieure à celle de la semence et du travail qu'a investis le sèmeur. Mais ne butons-nous pas contre la même difficulté dans la revendication de l'*aedificium*? Pas du tout! Le propriétaire, il est vrai, doit payer les frais de construction qui peuvent être de loin supérieurs à la valeur de son terrain. Mais s'il ne le revendique pas, il risque d'en perdre la propriété. En effet, dans le très bref délai de deux ans, le possesseur de bonne foi pourra l'usucaper. Est minime le dommage qu'il subit en laissant les fruits de son fonds au cultivateur. Peut être très sensible la perte que souffre le propriétaire dont le terrain est usucapé par un tiers.

Peut-on nous objecter que l'émendation de *fructum* en *fundum* conduit à un redoublement d'expression et nous amène à juxtaposer deux termes, *fundus* et *aedificium*, dont le second est parfaitement inutile, le mot *fundus* désignant aussi bien le fonds bâti que le fonds non bâti?

Florentin, D. 50, 16, 211 (8 inst.), il faut en convenir, définit le terme *fundus* ainsi:

« *Fundi* » appellatione omne aedificium et omnis ager continetur. sed in usu urbana aedificia « aedes », rustica « villae » dicuntur. Locus uero sine aedificio in urbe « area » rure autem « ager » appellatur. Idemque ager cum aedificio « fundus » dicitur.

Mais on ne saurait déduire de là qu'il faut voir une glose à supprimer dans les mots uel aedificium, comme le veut Mommsen<sup>1</sup>. En effet, réputer cette formule superfétatoire, c'est ne pas voir qu'il est question d'*aedificium* (*domum*) petere dans les quatre textes parallèles des *Res cottidianae* et des Institutes de Justinien que voici:

<sup>1</sup> V. Krüger-Studemund, 7<sup>e</sup> éd., Berlin, 1923, p. 58 en note: Mommsen uel aedificium glossema esse opinatur.

Gaius, D. 41, 1, 7, 12 (2 res cott.): *Ex diuerso si quis in alieno solo sua materia aedificauerit, illius fit aedificium, cuius et solum est, et, si scit alienum solum esse, sua uoluntate amisisse proprietatem materiae intellegitur: itaque neque diruto quidem aedificio uindicatio eius materiae competit. certe si dominus soli petat aedificium nec soluat pretium materiae et mercedes fabrorum poterit per exceptionem doli mali repelli, utique si nescit qui aedificauit alienum esse solum et tamquam in suo bona fide aedificauit: nam si scit culpa ei obici potest, quod temere aedificauit in eo solo, quod intellegeret alienum.*

Gaius, D. 41, 1, 9 pr (2 res cott.): *Qua ratione autem plantae quae terra coalescunt solo cedunt, eadem ratione frumenta quoque quae sata sunt solo cedere intelleguntur. ceterum sicut is, qui in alieno solo aedificauit, si ab eo dominus soli petat aedificium, defendi potest per exceptionem doli mali, ita eiusdem exceptionis auxilio tutus esse poterit, qui in alienum fundum sua impensa conueit.*

Inst. 2, 1, 30: *Ex diuerso si quis in alieno solo sua materia domum aedificauerit, illius fit domus, cuius et solum est. sed hoc casu materiae dominus proprietatem eius amittit, quia uoluntate eius alienata intellegitur, utique si non ignorabat in alieno solo se aedificare: et ideo, licet diruta sit domus, uindicare materiam non possit. certe illud constat, si in possessione constituto aedificatore soli dominus petat domum suam esse nec soluat pretium materiae et mercedes fabrorum, posse eum per exceptionem doli mali repelli, utique si bonae fidei possessor fuit qui aedificasset: nam scienti alienum esse solum potest culpa obici, quod temere aedificauerit in eo solo quod intellegeret alienum esse.*

Inst. 2, 1, 32: *Qua ratione autem plantae, quae terra coalescunt, solo cedunt, eadem ratione frumenta quoque, quae sata sunt, solo cedere intelleguntur. ceterum sicut is qui in alieno solo aedificauerit, si ab eo dominus petat aedificium, defendi potest per exceptionem doli mali secundum ea quae diximus: ita eiusdem exceptionis auxilio tutus esse potest is, qui alienum fundum sua impensa bona fide conueit*<sup>1</sup>.

Faut-il alors voir dans ce redoublement d'expression une particularité du langage de Gaius? C'est ce que paraît admettre Solazzi<sup>2</sup> qui soutient que Gaius distingue *fundus* et *aedes* partout où il veut opposer le fonds rustique au fonds urbain. Cette hypothèse de l'illustre romaniste napolitain ne se laisse cependant pas démontrer sur la seule base de Gaius IV, 17, 149, 150, 166a. Certes, dans tous ces textes nous trouvons associés *fundus* et *aedes*. Mais rien ne nous permet d'affirmer que Gaius vise, dans ces textes, respectivement des fonds situés à la campagne et en ville.

En revanche, la juxtaposition de *fundus* et d'*aedificium* se justifie pleinement au regard des deux considérations suivantes que semblent ignorer les auteurs que nous combattons:

1°) Lorsqu'il s'agit de la revendication d'un fonds bâti, les jurisconsultes classiques usent des mots *aedificium*, *insulam*, *domum petere*, *uindicare*. On ne voit pas qu'ils l'aient jamais en vue lorsqu'ils parlent de *fundum petere* ou *uindicare*<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Ce texte est probablement emprunté aux *Res cottidianae*. En ce sens Krüger *Corpus Iuris Civilis, Institutiones*, 16<sup>e</sup> éd., Berlin, 1954, p. 12, note 12.

<sup>2</sup> V. l'ouvrage cité à la p. 78, note 1, p. 383, note 222.

<sup>3</sup> V. VIR, II, col. 958.

Nous connaissons déjà le témoignage positif des *Res cottidianae* D. 41, 1, 7, 12 (2 res cott.) et D. eod. 9 pr (2 res cott.). Il faut ajouter Pomponius, D. 24, 1, 31, 2 (14 Sab.): *uindicare insulam*, Paul, D. 2, 14, 27, 8 (3 ed.) et D. 6, 1, 23, 7 (21 ed.), où nous trouvons respectivement *petere aedificium* et *uindicare domum*, Ulpien, D. 44, 2, 7 pr et § 2 (75 ed.): *petere insulam*.

2°) Dans le cas du fonds bâti, ce n'est pas le terrain sous-jacent qui fait proprement l'objet de l'acte juridique et sans doute aussi de l'action, c'est la maison qui le couvre. Le terrain lui-même passe à l'arrière plan jusqu'à être réputé une partie de la construction. Pour nous autres juristes modernes, la revendication d'une maison n'est juridiquement rien d'autre que la revendication du fonds de terre; hypothéquer une maison c'est hypothéquer le fonds, car une maison n'est pas susceptible d'être l'assiette de droits réels indépendants. Pour les jurisconsultes romains, fonds et maison forment également une unité indissoluble; le sol prime la maison en ce sens que toute construction est acquise au propriétaire du sol. Mais ils n'éprouvent pas le besoin de convertir la revendication ou l'engagement d'une maison en une revendication ou en un engagement du fonds sous-jacent; ils se bornent à constater que le sol est nécessairement compris dans la *uindicatio aedium* ou dans l'objet de l'hypothèque comme une partie intégrante de la maison.

Celsus, D. 6, 1, 49 (18 dig.): *Solum partem esse aedium existimo nec alioquin subiaccere uti mare nauibus.*

Paulus, D. 8, 2, 20, 2 (15 Sab.): *... sublato aedificio usus fructus interit, quamuis area pars est aedificii.*

Paulus, D. 13, 7, 21 (6 brev.): *Domo pignori dato et area eius tenebitur: est enim pars eius, et contra ius soli sequetur aedificium.*

Paulus, D. 46, 3, 98, 8 (15 dig.): *Aream promisi alienam: in ea dominus insulam aedificauit: an stipulatio extincta sit, quaesitum est. respondi, si alienum hominem promisi et is a domino manumissus est, liberor... non est his similis area, in qua aedificium positum est: non enim desiit in rerum natura esse. immo et peti potest area et aestimatio eius solui debet: pars enim insulae area est et quidem maxima, cui etiam superficies cedit...*

Loin d'être une création du droit de l'empire, la distinction faite dans la jurisprudence classique en matière de revendication se retrouve déjà dans le droit antérieur. Gaius IV, 17<sup>1</sup>, distingue nettement entre la *controversia* portant sur un fonds ou sur une maison lorsqu'il nous expose le régime de la *legis actio sacramento in rem*. D'autre part, Cicéron, Topiques, 4, 23 et Pro Caecina, 19, 54, nous fait remonter à l'époque où s'est présentée la question de l'extension aux fonds bâtis de l'usucapion, réglée pour le fonds par les Douze Tables dans les termes: *VSVS AVCTORITAS FVNDI BIENNIVM EST, ... CETERARVM RERVM OMNIVM... ANNVS EST VSVS.*

Il semble bien que dès la première heure le fonds bâti ait été considéré comme ne rentrant pas dans la catégorie du *fundus*.

<sup>1</sup> ... Similiter si de fundo uel de aedibus siue de hereditate controversia erat, pars aliqua inde sumebatur et in ius adferebatur et in eam partem proinde atque in totam rem praesentem fiebat uindicatio, uelut ex fundo gleba sumebatur et ex aedibus tegula et si de hereditate controversia erat...